

論説 インターネット上の契約締結：「電子エージェント」という法概念の生成 アメリカ

著者	木村 真生子
雑誌名	筑波法政
巻	38
ページ	295-319
発行年	2005-03-31
URL	http://hdl.handle.net/2241/00156061

インターネット上の契約締結

——「電子エージェント」という法概念の生成（アメリカ）——

木村 真生子

目次

第1節 序論

第2節 アメリカの状況

第1款 総論

第2款 経済社会の変化と契約法の関係性

第3款 「電子エージェント」という法概念の生成と導入

1 クローズド・ネットワーク上の取引の自動化への対処

2 オープン・ネットワーク上の取引の自動化への対処（以上本号まで）

3 立法の動向

第4款 残された課題——広義の電子エージェントの問題性——

第5款 総括

第3節 結語——日本法への示唆

第1節 序論

1 自動化された取引の問題状況

コンピュータにより自動化された取引の問題状況は、オープン・ネットワーク上での取引が拡大するにつれて重要性を増している。その背景としては、以下のような事情が考えられる。

第一は、インターネットの急速な普及により、基本契約のない契約の締結現象が見られることである。これは、基本契約の締結を前提とした従来型のクローズド取引（契約型取引）とは大きく異なる点である。すなわち基本契約が存在する取引では、通常、情報の発信者と受信者の相互の信頼と協調を前提として取引が成立するが、現在インターネット上で広く行なわれているオープン取引（公募型取引）には以下に述べられるような問題が存在するといわれている。まず、匿名の当事者間での取引が増加することに伴う問題である。例えば、ネット上では、各当事者が予め基本契約を交わし、取引を電子的に行うことに關して合意を定めておくことがほとんどない。規範意識が未だ醸成されていないネット取引においては、このような基本契約の不在が紛争に結びつく恐れがある。次に、契約の規制のあり方が複雑化するという問題がある。という

のも、サイバースペース上では事業者から個人消費者まで様々な当事者が参加するため、交渉力の不均衡という問題をどの程度考慮すべきかが困難になる恐れがある。例えば、個人消費者であっても、ネット上での検索機能等を通じ、場合によっては事業者よりも多くの情報を持ち合わせている場合があるからである。さらに、本人の意思確認や「なりすまし」という重要な課題もある。とりわけ個人消費者が行っている電子商取引には問題が多い。これは例えば、消費者が意図しない契約の強制を強いられて、国民消費者保護センターへの問い合わせを行なう件数が大幅に増加していることから明らかである。これは、インターネット上の契約締結では、誰が契約当事者としての履行義務を負うのかがあらかじめ明らかにされていないという問題に直接的には起因するのだが、間接的には、匿名の契約主体を特定する実効性のある対策が、法的にも技術的にも依然として不十分であることを示唆している。

第二は、インターネット上で作動しているコンピュータプログラムの特異性と、それがネット上での自動取引に与える新たな影響である。ネット上で作動するコンピュータプログラムは、擬人化され、継続的に作動し、半ば自律的に行為を行なうところに特徴があるといわれているが、それだけにはとどまらない。最新の技術では、コンピュータは覚え

ていることを自動的に吐き出す応答的な操作を行なうだけでなく、人工知能によって目的志向的 (goal-oriented) に作動するものも現れ始めている。実際、「オークションネット」と呼ばれるネット上の仮想市場や電子株式市場で、すでにこのようなコンピュータプログラムは利用されており、それらは内蔵されたプログラムを自ら変更・改良して、さらに高い目標を達成するために行動している。したがって、このような高度な人工知能を備えたコンピュータが、人間の予見可能性の及ぶ範囲を越えて、独自の判断で人間ないし同種のコンピュータと契約を締結した場合に、それは従来の法律行為論や契約法理の枠組みの中で処理できる問題なのかが問われることになる。^{9,10}

以上に掲げた二つの事情からわかることは、「人格的相互依存の解体と機能的相互依存の濃密化」を実態とした「社会のシステム化」が進行する現代社会での、非対面契約のもとらす問題の深刻さである。¹¹ また、契約締結の場にコンピュータが登場したことは、近代法の抽象的主体概念に基づく「意味論的構成」¹² の中核に存在する、意思自律原理の人間学的前提そのものが実質的に問題視される傾向が顕著であることと、密接不可分の関係にあることをも示唆している。敷衍すれば以下のことがいえる。まず、コンピュータ技術によってコミュニケーション手段が自動化し、一方で主体と言葉の分離

が起こり、意識とコミュニケーション行為の分離も進行する。他方で、その分離した主体と言葉はコンピュータによっていわば主体的に二分法を用いて再構築される。¹⁴ このような主体と言葉、意識と行為の分離の図式は一見仮想的だが、実際にインターネット上の契約締結の場できている現象に他ならない。したがってこのような契約締結現象を法が適切に処理するとすれば、人間の意思を中心とした権利義務関係を規律する既存の法的なルールが十分に機能しなくなる可能性がある。人間の意思が直接には反映されない場合の権利義務関係に対しても、有効に機能するルールの構築が必要とされてくるように思われる。

2 本稿の課題

そこで本稿では、これまであまり詳細には論じられてこなかったオープン・ネットワーク上、すなわちインターネット上での自動化された契約締結の問題を考察するため、この分野におけるアメリカでの議論を紹介する。そこで、コンピュータの自動的な契約締結行動による「契約の成立」についての考え方、およびコンピュータのデータメッセージの「帰属」方法についてのアメリカの立場を明らかにし、わが国で同様の問題を検討する際の示唆を得ることを目的とする。

また、本稿でアメリカ法を素材として取り上げたのは以下

のような理由による。第一は、アメリカが UNCTRAL の国際的なモデル法においても採用された「電子エージェント」という法概念を電子商取引上の法的障害を除去するために取り入れ、立法化したことによる。ここでいう法的障害とは、コンピューターによって自動化された契約の有効性や法的な救済措置の有無にかかわる問題である。このような法的障害を除去するための方法としては、一般に、立法による対応と契約によるものがあるが、アメリカでは前者を選択したものである。¹⁵ また、すでに同様の法制度を有する国も幾つが存在することから、仮にわが国においても「電子エージェント」という概念の導入を検討するとなれば、アメリカの立法過程での議論を検討することは有益となろう。第二は、アメリカが新たな法概念をもって立法化に踏み切った背景に、現代契約法が抱える取引の多様化・複雑化の現象と伝統的な契約法ルールとの間の適合性の問題が存在するからである。実際アメリカでは、立法過程で「電子エージェント」という法概念を導入するにあたり、コモン・ローなどの伝統的な法概念との衝突を招いた。実務家と学者との間では論争が起こり、現在でもなおこの問題に対して一致した見解がみられていない。²¹

そこで本稿では、「電子エージェント」による契約の締結」というサイバネティクス的な分析視角を用いることにより、

設定した課題を検証する。この分析視角を用いることにより、コンピューターシステムの機能主義的な分析を行ない、契約の成立や契約責任の帰責の問題についての法解釈論的な検討を試みる。それでは、まずこの分析視角にいう「電子エージェント」とは何かについて定義を行なうこととしよう。

3 電子エージェントの定義

本稿では、電子エージェント (electronic agent) という言葉の定義を明確にしておく必要がある。なぜならこの言葉に対する共通で明確な定義は存在していないからである。実際、電子エージェントという言葉は、サイバースペース上で用いられている他、医療現場や金融市場等社会の様々な領域で用いられており、自ずとその意味するものには違いが生じてきている。また、「電子エージェント」という言葉には複数の類義語が存在しているという事情もある。例えば、robots、software bots (software robots)、knowledge-based robots、task-bots (task-based robots)、intelligent agents、autonomous agents、personal agents、personal assistants などである。そこで、とりあえずインテリジェント・エージェント (intelligent agents) という言葉が「電子エージェント」の一般的な徴表を含むものであると仮定し、以下では、本稿でいうところの「電子エージェント」の意味の確定作業を行なう。

ラッセル (S. Russell) とノーヴィック (N. Norvic) によれば、インテリジェント・エージェントとは、ある特定の環境内で作動するように構築された内蔵知識 (built-in knowledge) に加え、経験則に基づいて作動する高度なコンピュータプログラムであると説明される。このエージェントは、内蔵知識と経験則の二つを外延として自律的に行動する²⁴。したがって、人間や他のエージェントの直接の関与を必要とせず²⁵に作動可能な状態を維持することができる。他方、ウールドリッジ (M. Wooldridge) とジェニングス (N. Jennings) は、インテリジェント・エージェントを弱概念 (weak notion) と強概念 (strong notion) を持つエージェントに分類する²⁶。弱概念を持つエージェントは、自律性 (autonomy)、社会的能力 (social ability)、反応性 (reactivity)、順向性 (pro-activeness) という基礎的な属性を持ち、いわゆるインテリジェント・エージェントとはこの四要素を一般的に具備しているという。強概念を持つエージェントは、前者に加え、人間の属性に匹敵するような可動性 (mobility)、正直さ (veracity)、行動の善行性 (benevolence)、合理性 (rationality) という四要素を合わせ持つという²⁶。

本稿では、この弱概念を備えたインテリジェント・エージェントを「電子エージェント」、または「狭義の電子エージェント」と定義する。すなわち「(1) 高度な処理能力を備える

コンピュータプログラムであり、(2) 内蔵知識に基づき外部環境に継続的に反応しながら経験を積み、(3) その経験則とあらかじめ備えられた内蔵知識を作動範囲として自律的に行動するもの」と定める。また強概念までも含むインテリジェント・エージェントについては、本稿では「広義の電子エージェント」と定義する。その特徴は、「推論を用いて目的志向的に行動する」点にあるとする。

では、ここで本稿の射程をさらに明確化するため、「狭義」と「広義」の電子エージェントの一例を示そう。

「狭義の電子エージェント」に該当するのは、例えば、書籍等の販売を行なう Amazon.com のホームページ上で使用されている電子エージェントである。顧客にオンライン・カタログ上の商品を見せ、選ばれた商品を注文させ、決済方法を選択させ、商品の発送方法を選択させるコンピュータプログラムである。これは online retailer と呼ばれるものである²⁷。本稿ではこのような契約締結にかかわる電子エージェントを検討対象とする。したがって、ウェブサイトを顧客に検索させる web crawlers や data mining bots、meta-search engine などの検索用電子エージェントは本稿の対象外とする²⁸。

他方、「広義」の電子エージェントとしては eBay 等の B2C (事業者対消費者間の取引) 型インターネット・オークションで利用されている電子エージェントをあげることができる。

る。このエージェントは入札希望者に対してIDやパスワードを入力させて、その者の出品や入札を可能にさせると同時に、出品物の希望落札価格の入力を行なわせる。入力がなされた後で、エージェントは独自の判断で当該希望落札価格に至るまでの競り上げを繰り返す。

以上で、本稿でいう「電子エージェント」の意味の確定作業を終えたことから、早速アメリカの状況を検討することとしよう。

- (1) 本稿でいう「オープン・ネットワーク上の取引」は、インターネット取引または電子商取引と同義のものとして扱う。
- (2) 総務省の平成一五年末時点での「通信利用動向調査」の結果によれば、インターネットの利用者数は対前年比七八万人増の七、七三〇万人となり、人口普及率は対前年比六・一ポイント増の六〇・六％に増加したという。平成一〇年末時点では利用者数が一、六九四万人、人口普及率が一三・四％だったことから、五年間で約五倍増加したことになる。また、世帯普及率においても、平成一〇年度末で一・一〇％だったものが平成一五年末には八八・一％まで増加している (<http://www.johotsusintoket.soumu.go.jp/statistics/data/040414-1.pdf>を参照)。
- (3) 電子取引の拡大は、以下の三つの側面において既存の取引に強い影響を与えたとされている。第一は、デジタル化された情報が双方

向に伝達されることにより、膨大な取引データの自動処理が可能になったことである。これは、手紙や電話に象徴されるような従来の取引がデータの結節点に常に人間の意思や判断を介在させていたのに対し、自動処理によって新たな取引形態を出現させたことを意味する。第二は、インターネットの普及に象徴されるコンピューター・ネットワークの登場が、国境のない「完全市場」を創り出す可能性をもたらした点である。第三は、デジタル信号はそれ自体「情報」という無体物としての側面を有するが、暗号技術の活用により、あたかも物理的存在であるかのように管理を可能にせしめたことである(内田貴「電子商取引と法」(一)四〇頁以下(NBレ六〇〇号、一九九六年)。

- (4) S.T. Middlebrook and J. Muller, *Thoughts on Bots: The Emerging Law of Electronic Agents*, 56 *Business Lawyer* 341, at 348 (2000).
- (5) 消費生活相談データベースによれば、国民消費者保護センターのPIO-Netに寄せられた相談件数は一九九五年に五件だったものが、二〇〇三年には二二、〇四三件に上ったという(<http://datafile.kokusen.go.jp/wadat/internet2.html>)。
- (6) 大野幸夫「インターネットモラルをめぐる法律問題」三五頁以下(法学教室二二〇号、一九九九年)。
- (7) R. H. Gutman *et al.*, *Agent-mediated Electronic Commerce: A Survey*, at 1 (1998), available at (<http://ecommerce.media.mit.edu>).
- (8) 河野俊行「インターネットオークションの法的分析(1)(2)」NBレ七三〇号・七三三号、二〇〇二年では、インターネット・オークション市場でコンピュータプログラムが契約締結に向けて行動する事例が紹介されている。

- (9) 例えば、Financial Auction Network (FAN) というシステムでは、株式の電子売買で Electronic Liquidity Finders (ELFs) というコンピュータプログラムが利用されている。ELFsは、「最適な価格」で値決めをすることを達成目標とし、一定の環境の中で取引上のルール、時間や価格の制限、その他経済合理的に考慮すべき条件に応じたパラメーターを変更するよう性能尺度がコントロールされており、単純な注文伝達サービスから取引執行を含め、取引プロセスのすべてがコンピュータにより自動化されていると云う (D. D. Wong, *The Emerging Law of Electronic Agents: e-Commerce and Beyond...*, 33 Suffolk University Law Review 83, at 90 (1999))。

- (10) 取引の自動化について内田貴教授は「自動化が進めば進むほど、当事者が申込と承諾の意思表示を交換し合つて合意を形成するという伝統的な意味での「契約」のパラダイム事例からは離れていく。果たして従来どおりの「契約」と観念できるのかどうか。仮にそこに無理があるとすれば、法的にはどのように把握すべきなのかという興味深い問題がある」と指摘する (内田貴「電子商取引と民法」五頁 (Tokyo Internet Law Journal, 2000/9/1) 、available at <<http://www.tokyointernetlawjournal.com>>)。
- (11) 中野貞一郎「システム化社会と責任の再構成」棚瀬孝雄編「現代の不法行為法：法の理念と生活世界」四四頁 (有斐閣、一九九四年)。
- (12) 村上淳一「現代法の透視図」一七五頁 (東京大学出版会、一九九六年)。
- (13) 森田修「民法典と個別政策立法」『岩波 講座現代の法4 政策と法』一三四頁 (岩波書店、一九九八年)。
- (14) ドイツの哲学者ヴィレム・フルッサーは、コンピューター文化の

出現による社会秩序の混迷について言及する。フルッサーによれば、コンピューターによって人間は別の自分を実現することが可能になり、我々はもはや所与の客体的世界と向き合う主体ではなく、別の世界の投射体になっているという。また、真実と仮象の区別のない不確かな世界が拡大していくことについても懸念を示す。フルッサーは、主体性を確立した個人相互の対話とコンセンサスの上に正しい社会秩序が築かれることを主張する (村上・前掲注 (12) 一六九—一七一頁)。

- (15) オープン・ネットワーク上でのコンピューターによる自動化された取引の問題については、これまで、コンピューターシステムの機能的な分析を踏まえた上での法的な検討があまりなされてこなかったように思われる。もともと、オープンEDに關しての曾野和明教授の論文 (『グローバルなEDIの発展への法的対応 (上)』(下) (NBL五六八号・五六九号、一九九五年)) などが存在し、基本契約の存在しない自動化された取引の問題について数多くの指摘がなされている。しかし、議論の中心は国際的なレベルでの法秩序の平準化にあり、コンピューターシステムそのものの態様や構造上の問題については詳細には触れられていないように思われる。他方、オープン・ネットワークでの取引の自動化の問題は、これまで、契約締結において電子的な手段を利用することの有効性が主に論じられてきた (野村豊弘「民法の基本概念の変容と再構築・情報 情報」総論」一七七頁 (ジュリスト一一二六号、一九九八年)、電子取引法に關する研究会 (実体法小委員会) 報告書 第4 電子取引における民法上の問題点 (二〇〇〇年)、available at <<http://www.moj.go.jp/PRESS/000300-1.htm>>、平田健治「電子的手段による意思表示等」

松本博之・西谷敏・守矢健一編『インターネット・情報社会と法―日独シンポジウム』(信山社、二〇〇二年)など。そこでは、「日本の契約法は、実体法で徹底した「諸成主義」をとり、手続法で徹底した「自由心証」主義をとっていることから、電子商取引についても、全体としては概ね既存の規定そのまま適用することで問題が生じない」という見方も有力である(永田眞三郎「電子取引における契約理論」一九頁(比較法研究六一、一九九九年))という言葉に象徴されるように、契約が電子化されたとしても日本法にはさほど影響はないという見方が有力である。しかしながら北川善太郎教授は、インターネットが現在のように普及していない当時、コンピュータシステムの利用は「私的自治の根幹である意思がコード化され、記号化され、コンピュータという機械を反応させるための手段に転換される可能性を含んでおり、法律行為・意思表示・契約に深刻な影響を及ぼしつつある」だが、このまま推移するとやがて既成事実の積み重ねの結果、法律問題が、情報処理の技術的必要性のために非法律問題に転化されてしまう恐れがある」との指摘を行っていた(北川善太郎「システム契約―情報化社会における新しい契約類型」六頁以下(NBL三八三号、一九八八年))。一方で、人間対機械の取引(マンツーマシン取引)あるいは機械対機械の取引(マシンツーマシン取引)という枠組みを用い、自動化された取引の契約締結方法に着目した分析も存在する。松本恒雄教授は「民商法は、マンツーマン取引を念頭において、取引当事者の行為能力、意思表示、権限貸しなどによって生じるリスクを、各当事者の善意、悪意、過失の有無、正当事由、帰責事由といった主観的態様によって契約関係者間で配分する規定を多数有している。しか

し、電子商取引では、コンピュータの背後に隠れて取引成立へ向けられた当事者の意思の存在を一応は認めることができるとしても、マンツーマシン取引やマシンツーマシン取引では、機械そのものには善意、悪意、過失といった主観的事情は考えられないので、民法の予定するリスク配分をそのまま適用することはできない」という見解を示している(松本恒雄「高度情報通信社会の契約法」谷口知平、五十嵐清編『新版注釈民法(13)』二五二頁(有斐閣、一九九六年))。

- (16) United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), *Legal Aspects of Electronic Commerce Electronic Commerce: Provisions for a Draft Convention*, A/CN.9/WG.IV/WP.95, available at (http://www.uncitral.org/english/workinggroups/wg_iv/wp-95c.pdf) 1/12/01).

- (17) 内田・前掲注(3)四三頁。

- (18) アメリカでは政府が強力な電子商取引戦略を推し進めているが、その政策提言の一つに法的商環境の整備があげられていた。アメリカは、インターネットの運営や電子商取引の発展を考えれば、業界の自主規制や民間部門のリーダーシップを重視すべきだが、政府の介入が必要な場合には、予測可能、最小限、整合的かつ簡素な法的商環境の支援・施行をその目的としなければならないという立場をとっている(谷口洋志「米国の電子商取引政策―デジタル経済における政府の役割―(第2版)」、四七―四八頁創成社、二〇〇一年)。
- (19) 一九九九年に打ち出された UNCITRAL のモデル法を始め、カナダの統一電子取引法 (Uniform Electronic Commerce Act、一九九八年から一九九九年にかけて作られたモデル法で、すでに多くの州が同法に基づいた電子取引法制を採用している) や、南アフリカ共和

国(Electronic Communications and Transactions Act (二〇〇二年夏に成立)などの電子取引法には「電子エージェント」に関する規定が盛り込まれている。

- (20) 詳細については、河上正二「現代的契約についての若干の解釈論的課題」棚瀬孝雄編『契約法理と契約慣行』一九一頁(弘文堂、一九九九年)を参照。

- (21) ファーンズワース(E. A. Farnsworth)は、Allen (T. Allen)とウッディソン(R. Waddison)の論文*Can Computers Make Contracts?* (9 Harvard Journal of Law & Technology 25, (1996))を引き合いに出し、「アメリカでもコンピューターが生み出す契約の法的問題についてはまだ十分な検討がなされていないことを指摘している」(E. Allan Farnsworth, *Contracts* (2nd ed.) [hereinafter Farnsworth-1998], § 1.7, at 30, Aspen Publishers, (1998)).

- (22) システム契約を分析する際の検討課題について、北川教授は自らの論文での検証を振り返り、「高度に発達したシステム契約を想定したので、実際の事例との関係には若干言及しているものの、全体としてやや一般的、抽象的になっている」と述べたうえで、「この具体化が今後の検討課題である」とし、高度なコンピューターシステムがもたらす法的問題の検討の必要性を説いている(北川・前掲注(15)一三頁)。

- (23) 「エージェント」という言葉がコンピュータープログラムに対して使われ始めたのは、この研究をしていた応用科学者たちによってであるといわれている(Joseph Reagle, *Agents: I don't think it means, what you think it means*, Berkman Center Working Draft, at 6 (1999), available at <<http://cyber.law.harvard.edu/people/reagle/agents-1999.0524>

html>)。それは一九五九年頃にまでさかのぼり、コンピューターの自己組織化作用(self-organizing behavior)を広く表わす概念として用いられていた。また「エージェント」という言葉はほぼ同時期に生まれた近代言語学の世界では「動作主」を意味するものとして使われ、英語の文法では能動態の文で主語によって言い表されるものを意味した。その後一九七〇／八〇年代にかけてこの研究が進展するなかで、人工知能研究と言語学の両分野において「エージェント」は「行為の創始者(initiator of action)」の外延を意味するものとなった。一九八二年には産業界において経費節減を促進する商用エキスパートシステムが初めて成功を収める(S・ラッセル、P・ノービック(古川康一監訳)『エージェントアプローチ 人工知能』二三頁(共立出版、一九九七年))。この開発競争に拍車がかかり、仮想的な主体によって人間の情報処理を代行させるための技術の総称として、「エージェント技術」という言葉も頻繁に使用されるようになった(長尾確編『エージェントテクノロジー最前線』三頁(共立出版、二〇〇〇年))。さらに人工知能の開発が進み、この世界で自律性(autonomy)やネットワークの相互作用が必要とされる局面で、しだいに「エージェント」は「コンピュータープログラム」を意味するようになっていった。そして、インターネットが普及し始めると、「エージェント」は「ネットワーク内に存在し、他のプログラムと情報を伝え合う存在」とみなされるようになった。「エージェント」はユーザーの管理下でユーザーの代わりに契約を締結し、交渉の仲介をする目的でプログラムされた範囲内の行為をする主体になった。

- (24) S. Russell & N. Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*,

- Pernice Hall, 35 (1995), cited in E. M. Weizenboeck, *Electronic Agents and the Formation of Contracts*, ECRIP EP27028, at 3 (2001).
- (25) M. Wooldridge and N. Jennings, *Intelligent Agents: Theory and Practice*, Knowledge Engineering Review, volume 10 No 2 (1995), available at <http://www.cse.cit.ac.uk/~njlw/pubs/ker95/ker95.html>.
- (26) Y. Shoham, *Agent-oriented programming Artificial Intelligence*, 60(1): 51-92 (1993) cited in Wooldridge and Jennings, *supra* note 25).
- (27) Middlebrook and Muller, *supra* note 4, at 344.
- (28) アメリカでは、検索機能を備えたエージェントが問題となった最近の事件 (CompuServe Inc. v. Cyber Promotions, Inc., 962 F. Supp. 1015, 1020-1027 (S.D. Ohio 1997), eBay, Inc. v. Bidders' Edge, Inc., 100 F. Supp. 2d 1058, 1068-72 (N.D. Cal. 2000) など) で、裁判所が trespass to chattels という不法行為上の法理を用いて事件を解決しており、学説上で議論となっている (例えば、D. L. Burk, *The Trouble with Trespass: A Journal of Small & Emerging Business Law* 27 (1999), L. Quilter, *The Continuing Expansion of Cyberspace Trespass to Chattels*, 17 Berkeley Technology Law Journal 421 (2002) など)。

第2節 アメリカの状況

第1款 総論

科学技術の進展が経済社会に利便性をもたらすという局面においては、法が常に技術の後追いをするという状況が生じ

ざるを得ないのは周知の事実である。アメリカでも一九八〇年代以降、前述したようなコンピュータプログラムによる取引の自動化が急速に広まったが、人間とコンピュータないしコンピュータ同士取引を規律する法の整備は遅れていた。なぜなら立法府や裁判所は、当初、このような自動化された取引の問題が契約の有効性に影響を与えるほど重要な問題になろうとは予測もしていなかったからである。このため、市場には不透明性が高まると同時に当事者間で紛争が起こり始め、電子商取引の利便性とは裏腹に取引コストの上昇を招くような事態を生じていた。

しかし、このような法と技術の乖離を先行して食い止め、電子商取引市場に法的な安定性をもたらすために、近代法の抽象的主体概念の中核にある人間学的前提を覆すような試みをアメリカは行なったのである。それが、電子商取引法制定時における「電子エージェント」という機能主義的な概念の導入である。この電子エージェントの概念は、匿名の契約主体に対し、その者への契約の効果を帰属させるための一つの法技術であると考えられる。すなわちコンピュータにより自動化された取引では、現実には機械、つまり電子エージェントが人間と交渉をし、あるいは電子エージェント同士が契約を締結しているような外観を生み出すことから、默示的な法的擬制は行なわず、まず電子エージェント自身を契約主体と

して位置づける。次に、電子エージェントの相互作用により契約は形成されるという原則を打ち立て、最後に、それに一定の帰属ルールを付することで、自動化された取引の契約責任を一定の人間に引き受けさせようとするものである。これは、コモン・ローやUCC(統一商法典)が、個々の人間あるいは法人のみが交渉を行ない、合意を形成する当事者であることを前提とする態度とは大きく異なるものである。ではなぜ、アメリカではこのような立法措置が必要だったのか。またどのようにしてそれを実現したのであるか。

そこで以下では、上記に掲げた問いに対する一定の解答を得るため、次のような順序で考察を行なうこととする。まず、概念的な前提として考慮すべきアメリカ契約法の基本的特質について述べる。次に、「電子エージェント」という概念が一連の電子商取引法に取り入れられる前段階で、クローズド・ネットワーク上ではどのような法的措置が採られていたのかを検討する。具体的にはEDI取引における法的な問題への対処について検討を加える。それを踏まえて、オープン・ネットワーク上の取引の自動化について検討する。まず、オープン・ネットワーク上で自動化された取引の問題性を明らかにし、そこから「電子エージェント」という法概念がいかにして生成したのかを述べる。次に、その概念が制定法として導入されていく過程を追う。本稿では (a) UETA (Uniform

Electronic Transaction Act: 統一電子取引法)。(b) E-Sign Act (Electronic Signatures in Global and National Commerce Act: 電子署名法)。(c) UETA (Uniform Computer Information Transaction Act: 統一電子情報取引法)。(d) 修正UCC第2編 (Amendments to Uniform Commercial Code Article 2: Sales) の諸法を取り上げる。最後に、この立法過程で排除された「広義の電子エージェント」の問題に触れ、今後に残された課題として新たな法技術を模索する学説の動きを検討する。なお、紙幅の制限により、本稿では課題の検証過程での詳述は避けざるを得なかったことを付言しておきたい。

(29) Margaret Jane Radin *et al.*, *Contracting Online Internet Commerce — The Emerging Legal Framework* (Cases and Materials), Foundation Press, at 343 (2002).

(30) 内田・前掲注(10)五頁では、「電子エージェントが「新たな概念装置」として評価されている」。

第2款 経済社会の変化と契約法の関係性

アメリカ契約法は、債権者の保護を一義的な目的としているのではなく、契約行動、つまり当事者の任意の交換取引をいかに促進できるかというところに主眼が置かれているといわれる⁽³⁰⁾。つまり、財の効率的移転を妨害せず、むしろ促進する

ために法的なルールはいかにあるべきかという発想からすべてのルール作りが始まるのである⁽³²⁾。実際、アメリカではこれまで、経済の発展や変化が契約法に對し、社会の仕組みを支える支柱として機能を果たすように要請してきた⁽³³⁾。とりわけ一九四〇年代に起草されたUCCは、それまでの契約法の過度の形式主義を否定し、現実の経済分配システムに適合した商事取引法としての内容を具備した点で意義を有する。すなわちUCCは、従来の契約法が射程においていなかった継続的取引の増加という商事現象を捉え、当事者自治の枠組みの中での取引慣行を促進し、またそれを支援する仕組みを提供したのである。このような現実主義的な側面に加え、UCCは未来志向的な側面もあり、商事慣行の拡大を吸収できる柔軟な構造を有していることにも留意が必要である。この両義的な性質により、UCCは次第に裁判官に一定の判断基準を提供するようになり、また法源としての性格も帯びるようになった⁽³⁴⁾。しかし他方で、UCCには法的な確実性の提供という内在的な制約があり、起草後も度重なる改正によって条項の現代化・明確化を常に図る必要があった。さらに、UCCは取引の締結において紙片の存在を前提とするという基本構造を備えており、この別の次元に存在する制約もまた、電子商取引の利用拡大の隘路となっていたのである。

しかし本質的にアメリカの契約法は、特に商取引の分野に

において、経済社会の変化を敏感に捉えて発展するというダイナミックな性質を有している。したがって、本稿で論ずるオープン・ネットワークでの取引の自動化という現象も、既存の法秩序の変更を促す新たな原動力となり、電子商取引という新たな取引慣行を支える立法を可能にしたものといえる。

ただしここで留意しておくべきことは、UCCの改正は従来、商慣習の変化に對して反応的に行なわれていたのに対し、電子商取引への法的措置は同時進行的あるいは先行的になされたということである⁽³⁵⁾。これは立法過程での混迷を裏付けるものに他ならず、実際、一連の電子商取引法は成立するまでに非常に多くの時間を要した。これはある意味において、技術と法の関係性が一義的でないことにより、一定の法的価値判断が社会に共有されない時点で立法に踏み切ることの問題性を露呈したものともいえる。

それではまず、オープン・ネットワーク上の取引の自動化の問題の考察への糸口として、クローズド・ネットワーク上の取引の自動化における法的問題への取組みを概観することにしよう。

(31) Farnsworth, *Contracts* (3rd) [hereinafter Farnsworth-1999], §12.1, at 146-147, Aspen Publishers (1999).

(32) 樋口範雄「英米法から見た「物権と債権」」八四頁(ジュリスト

一二二九号、二〇〇二年)。

(33) 樋口範雄『アメリカ契約法』一八一—一九頁(弘文堂、一九九四年)。

(34) 法の体系化を図ろうとした第一次契約法リステイメントは、過度に契約理論を一般化したために形式主義に陥っていた。そこでUCCの起草者の一人であるカール・ルウエリンは、「リアリズム法学を支持する立場から、より現代的で柔軟な商事取引法の策定を目指した」(John E. Murray, Jr., *Contract Theories and the Rise of Negotium*, 71 *Fordham Law Review* 869, at 879-881)。

(35) ムーニー(C. W. Mooney)著S. Old *Contract Principles and Karl's New Code: An Essay on the Jurisprudence of Our New Commercial Law*の中で、アメリカ経済の基本的分配過程を説明する。すなわちそれは商品が生産者・卸売業者・小売業者を経て消費者にいたる下方流動パターンと、金銭が商業銀行を通じて支払過程を経る上方流動パターンからなる。その分配過程に対し、約束手形や信用状との交換で相手方に金銭の貸与をする債権者、あるいは商品自体に担保権を設定する債権者が参加する資金調達プロセスが交錯するものであるとこう(11 *Villanova Law Review* 213, at 229-230 (1966))。

(36) UCCは法規の柔軟性・弾力性を支えるために、「総則の第1(2)(2)条(b)項に「商事取引における柔軟性を維持し、慣行・慣習・当事者間の合意を通じて、商事慣行・商事機構の継続的拡大を促進する」という法目的を置いている。これにより、判例がコモン・ローの原則を超えて認めてきた合理性(reasonableness)の要件の多くを明文化して大量取引の迅速化を促進することを可能にした。また、誠実義務(good faith)の水準を緩和し、さらに非良心性(unconscionability)の法理に制定法上の根拠を与えることによって契約の自由の原則に一定の制限を加え、交渉力の不均衡の是正を図っている。これは従来のコモン・ローの原則と異なる点として注目される点である。

(37) もっとも、判例法上、当事者がUCCの規定とは異なるルールによって規律されることは妨げられない(Innamin v. Figley-Wright Contractors, 595F. Supp. 1350(N.D. Ill. 1984) 及びRobert D. Marshall, *The Applicability of the Uniform Commercial Code to Construction Contracts*, 28 *Emory Law Journal* 335, at 374-375 (1979), cited in Farnsworth, 1998, *supra* note 21, § 1.9a, at 45-55)。

(38) Amelia H. Boss and Jane Kaufman Winn, *The Emerging Law of Electronic Commerce*, 52 *Business Lawyer* 1469 [hereinafter Boss -1997], at 1474 (1997). UCCの起草が検討された一九四〇年代当時に起草者が契約の手段や履行の形態として捉えていたのはせいぜい電話や電信システムによる伝達手段への対処までであり(Amelia H. Boss, Harold R. Weinberg and William J. Woodward, Jr., *Scope of the Uniform Commercial Code: Advances in Technology and Survey of Computer Contracting Cases*, 44 *Business Lawyer* 1671 [hereinafter Boss-1989], at 1672 (1989))。瞬時のデータの交換を可能にする電子的なシグナルによる契約の締結や履行が行なわれる世界を想定したものではなかった。

(39) Boss -1989, *supra* note 38, at 1672-1673.

第3款 「電子エージェント」という法概念の生成と導入

1 クローズド・ネットワーク上の取引の自動化への対処

1・1 問題の所在

一九六〇年代の後半に至り、コンピュータを利用した事務処理が普及し始めると、様々なデータは書面の形態ではなく、システムの内部にそのままの形で保存されることが可能になった。このため、実務では、書面の形でデータを保存することが次第に行なわれなくなった。しかし一方では、契約締結の場面で、契約を有効に成立させるための要件として、依然として一定の取引には書面性の要件が課されており、事務処理の機械化が進んでもなお、当事者は書面を作成し保存する義務を負担しなければならなかった。

しかしコンピュータ技術がさらに進展すると、データの処理や管理は人間が行なうのでなく、コンピュータ自身が直接行なうことも可能になってきた。さらにこの新たな技術は通信技術の発展とも結びつき、市場に電子商取引という取引形態を出現させた。この電子商取引では、契約締結過程に人間が直接関与することなく、コンピュータ自身が取引を行なうという、いわゆる取引の自動化現象を生じさせる。[四]や[四]に象徴される技術を用いた特定企業間でのオンライン取引は、クローズド・ネットワークで行なわれる電子商取引の代表的な取引形態である。そこでは、当事者双方に保有

された同じ標準のコンピュータシステムが、ミスなく瞬時に大量の取引データを照合し合い、契約当事者間の迅速で確実な合意形成を可能にする。また同時に、契約締結の確実性が増したことにより、取引全体の効率性も向上させた。このため実務では、契約締結の場面で、次第に書面による発注や請求書の利用が控えられるようになり、コンピュータによる取引の自動化がペーパーレス取引という商慣行を生んだ。しかし他方で、法と商慣行の間には齟齬が生じるようになった。

しかしながら、取引当事者間では当初、このような法の不在が自らの行なう取引に支障を来すとはそれほど強く認識されていなかった。というのも、電子商取引とは、交渉や契約の形式・履行の局面における単なる電子技術を利用した物の売買にすぎないと考えられていたからである。より正確に言えば、電子商取引とは「形式」の変化の問題にすぎず、実質的には伝統的な取引形態が継受されているものとの共通認識があったからである。⁴¹つまり、取引の自動化は単なる契約手段の機械化・電子化であり、契約締結過程での表層上の問題としてしか捉えられなかった。

ところが、電子的な手段を利用した取引形態が社会的な基盤としての認知を得るまでになると、既存の法制度がこのようなペーパーレス取引に対し適合的でないことが強く認識さ

れるようになった。また、法が契約者の権利保護のために十分な機能を果たしていないことも次第に明らかになった。例えばそれは、データの誤伝送が起きた場合のリスクをどのように配分すべきかという具体的な問題を通して顕在化した⁴²⁾。またそれは、電子的に伝達されるメッセージがいつの時点で有効になるのか、あるいは自動取引における申込と承諾はどのように捉えられるべきなのかという問題をも想起させた。つまり、この一連の問題群が、伝統的な契約法の枠組みの中で取り扱われることの限界を示したのである⁴³⁾。

1・2 EDIモデル契約書の構想

以上のような事情を背景として、EDI取引においては、*Trading Partner Agreements* あるいは *Interchange Agreements* のような基本契約書が、商慣行を推進するために当事者間で個別に取り交わされ始めた。なぜなら基本契約書に合意しておくことは、第一に、契約自由の原則が支配する領域で、最小限のルールによって自由に取引条件を決定できるメリットがあるからである。また第二に、取引過程で発生する法的リスクも、あらかじめ当事者間で配分しておくことを可能にする。しかし実際には、基本契約書の利用は継続的取引関係にある大企業に限られた⁴⁴⁾。それは、各当事者が取えて契約書を作成しなくとも、ある程度取引から発生するリスクに対処

することは可能であると考えていたためである。一方、基本契約書自体にも問題性はあった。例えば、当時の基本契約書の多くは、一般的な契約書が大抵定めておく契約の形成に関わる重要な一般条項を定めなかった。契約書の形態も実にさまざまで、契約書が作成されたとしてもなお法的なリスクが残されていた。もともと契約自由の原則に立てば、契約書を作成しないこと、または契約書の形式が多様であることは正に当事者自治の範疇の問題ではある。しかし、一旦契約書が存在するとなれば、それは確実に取引の存在を裏付ける重要な物証となることから、紛争予防の観点から、一般的・標準的な契約書が示される必要性が生じたのである⁴⁵⁾。

そこで、法が整備されるまでの間、当事者間で統一した条項を含む契約書を発効させることが考え出された⁴⁶⁾。それがモデル契約書である。モデル契約書の作成は、電子メッセージ通信サービス対策委員会⁴⁸⁾ (Electronic Messaging Services Task Force、以下、対策委員会と略称する)によって行なわれた⁴⁹⁾。対策委員会の最大の目的は、電子商取引という文脈の中で、契約の形成や有効性、契約に基づく法的な救済措置の問題、具体的な取引条件、損害の内容や範囲の確定など、一般的ではあるが極めて重要な契約法上の問題が、UCCの規定ないしコモン・ローによって処理することが可能かどうかを探索することにあった。本稿ではこのうち、対策委員会の契約形

成に関するルール作りに着目する。この契約形成のルールこそが、電子エージェントに関する諸規定の起原となったからである。

1・3 変容を受けた契約の形成概念

契約の形成概念を考えるうえでまず重要視されたのが、EDI取引を特徴づける functional acknowledgement (機能的通知) 機能であった。これは、事前のコンピュータプログラミングによってもたらされる自動反応システムのことである。具体的には、受信者が発信者のオリジナル・メッセージを受け取ったとほぼ同時に、受領者側のコンピュータが、メッセージ形式やプログラミング言語などのシンタックスにエラーが生じなかったかどうかを、自動的なメッセージの返信によつて発信者に知らせる仕組みである。機能的な通知機能においては、メッセージの発着が確認されるだけで、メッセージの具体的な内容までについては確認がなされない。つまり、機能的な通知だけでは原則的に法的効果が生じていないということには留意が必要である。しかし他方で、このようなデータ照合機能を用いれば、両当事者がいつの時点で完全にメッセージを受領できたかを確認することができる。これには、法的義務の発生の起算点を特定できるという利点がある。ただし、このような瞬時のデータ交換が可能となることにより、

「送信」と「受信」の概念が実質的に同一になり、従来の「受領」という概念がそのまま維持できるのかという問題が生じてくる。

そこで対策委員会は、第二次契約法リスティメント（以下、契約法リスティメントと略称する）を参照し、その理論的な根拠を第64節に求めた。というのも、UCCは契約形成のタイミングについてはとくに明示していないからである。⁵⁰ 契約法リスティメント第64節では、双方の即時のコミュニケーションによつても実質的に契約の形成が可能であることを述べる。⁵¹ また具体的に、電話等の通信技術の利用可能性についても触れている。さらに、このような技術を利用した場合には、対面取引と同じ到達主義の原則が適用されることを認めている。対策委員会は、EDINET取引の特徴がこの第64節の事例に合致することを発見し、同様の原則が適用可能であると判断した。⁵²

ただしEDI取引では、当事者は全く同一のシステムを利用して相互にメッセージ交換を行なうことに留意し、その相互性を補完するための新たなルールを定めた。それは第一に、互いに指定した受領媒体にメッセージが適切に伝達したことをもつて法的義務が発生すること、第二に、受領者は時宜に適ったデータの確認義務を課されること、第三に、コンピュータによつて管理される機能的な通知機能が、データが適切

に受領されたことを示す決定的な証拠として採用されること⁵⁴、というものである。この補則は、電子的コミュニケーションを対面取引類似の即時的コミュニケーションに分類してしまうことからの不都合を、実質的には正した点に意義がある。なぜなら「ED」取引は、本来的には対面取引ではなく、人間が取引過程に関与しない非対面取引だからである。このため、独自のルールを設定することで、新たな通信技術の恩恵を受けようとする者の注意義務を促す必要があったものと思われる。

次に、対策委員会は、「ED」取引における「申込」と「承諾」による契約の形成についての検討を行なう。特に「承諾」については、上記で述べた受領概念との関係性から、法的に有効な承諾の要件や方式については具体的な規定を設けないことを確認した⁵⁵。というのも、仮に承諾のために特定の様式が義務づけられることになれば、受領者側では何らかの形で人間を関与させる必要性が生じる。つまり、データを送信する前の時点で人間の介入が増えれば、自ずと通信速度は落ちることになり、迅速なコミュニケーションを最大のメリットとするEDの運用に支障を来すと考えられたからである⁵⁶。このため、承諾の法的な根拠は他に求められなければならないかった。そこで対策委員会は、承諾は、「ED」という技術を利用して取引を行なおうとする契約当事者の意思に求められるべ

きだとし、その理論的根拠については、履行の経過または取引の実態を重視した解釈について定めるUCC第2-208条に求めたのである⁵⁷。

以上をまとめると、クローズド・ネットワークでの契約の形成概念は以下のように変更が加えられたことになる。すなわち、「ED」のような機能的通知機能を有するシステムを当事者が相互に保有し、その機能を利用して取引を行なう場合には、たとえそれが本質的には非対面契約であっても、契約は対面取引類似の即時的なコミュニケーションによって形成される。したがって、当事者間のリスクは原則的に到達主義によって配分される。

このようなリスク配分は、現在のED技術の性能に対する社会の信頼、あるいは驚異的なその通信速度を考慮に入れるならば、適切なものとして評価されるべきなのである⁵⁸。

1・4 残された課題と立法への歩み

対策委員会が詳細な検討を行なって完成したモデル契約書は、直ちに多くの企業で採用されることになった⁵⁹。しかしそこで示された電子取引に関する新たな指針は、契約当事者が事前に契約書を取り交わさない限り有効には機能し得ないという意味ですでに限界が存在していた⁶⁰。またモデル契約書が作成された時点で、オープン・ネットワーク上ではEDを

超えた技術がすでに利用され始めており、技術の進展に応じた新たな法的措置を取らねばならないことが認識され始めていた。このような問題意識から、事前に基本契約を取り交わさない当事者の間で機能するデフォルト・ルールを、早期に構築することが新たな課題となった。もともと新たに規制を設けることが、拡大しつつある電子商取引を阻害するのではないかという懸念も存在した。しかし政府自らが、契約法を利用することが、却って契約当事者間の私的自治を促すと同時に電子商取引の拡大を促進するとの見解を示し、オープン・ネットワーク上での自動取引に関する法整備の動きを支持したのである。

このような事情を踏まえて、統一州法委員全国会議 (National Conference of Commissioners on the Uniform State Laws: NCCUSL、以下、全国会議と略称する) は、電子商取引に関する諸立法の策定に踏み切ることになった。すなわち、一方で、電子メディアの効果的な利用を妨げる詐欺防止法等の法的障害をいち早く除去するため、Electronic Transaction Act (後述する UETA に同じ) により手続法の観点からの法整備を進め、また他方で、実定法の観点からは、市場の取引慣行を最大限尊重する UCC 第2編を利用した契約法の改正に着手した。

2 オープン・ネットワーク上の取引の自動化への対処

2・1 問題の所在

立法過程について詳述する前に、クローズド・ネットワークとオープン・ネットワークとは自動化された取引現象にどのような差異があるのかを明確にしておく必要がある。なぜなら、その差異こそが、アメリカがオープン・ネットワーク上での電子商取引に対して立法措置を講じる要因となったからである。⁶³⁾

クローズド・ネットワークとの相違で第一に考慮すべきは、オープン・ネットワーク上では、契約当事者が EDI のような維持・管理された同じ標準のシステムを相互に利用しないというところにある。例えば、インターネット上では、商品やサービスの売主は、独自にプログラムしたコンピューターに自動的に注文を受け付けさせる。一方買主は、事前に売主からコンピュータープログラムの作動方法について説明を受けることもなく、あたかも自動販売機に接するかのようにコンピューターと対面し、相手方のコンピューターに応答することによって売主の注文に応じる。ここで、買主からの指示を受けた売主側のコンピュータープログラムは、機能的通知機能により、申込を受けたことを自動的に買主へ知らせるが、買主側のコンピューターは同様の機能的通知機能を有しないため、即座にそのような通知の受領を売主側に知らせること

が必ずしもない。このため、クローズド・ネットワークの電子商取引と同様に、対面取引類似の発信主義のみによって契約の形成を観念すれば、当事者間にメッセージ不達⁶⁵のリスクが残⁶⁶り、契約の有効性に疑念が生じる恐れがある。また、データの受発信に関するリスクの負担についても、B2C取引と同様のルールを適用すれば、当事者間には不公平を生じうる。なぜなら、インターネットは中央にコントロールしている者が存在しないアナキーなシステムであり、セキュリティの面で脆弱性があるからである。したがって、通信過程で生じるリスクを公平に配分するためのルールは別途考慮される必要性がある。

次に考慮すべきクローズド・ネットワークとの第二の相違点は、オープン・ネットワーク上の自動化された取引では、匿名の相手方との取引が原則であり、基本契約が事前に取り交わされることがないことである。このため、当事者間で取引上発生する可能性のあるリスクを事前に配分しておくことができず、取引の安全性や紛争解決に要する時間に影響を及ぼす恐れがある。また、契約当事者の匿名性について付言すれば、クローズド・ネットワーク上では人間が直接関与しない自動取引であっても、基本契約書上で明記されていない取引上の問題は、その契約を柔軟に解することで問題が解決されることもある。また仮に基本契約が存在しないとしても、

当事者間に構築された取引上の関係性によって解決が図られることもある。しかしオープン・ネットワーク上では、通常、このような問題解決の方法は採られないものと思われる。

このようにして、オープン・ネットワーク上では新たな法的価値判断を求める機運が高まる。そこで全国会議は、第一に、オープン・ネットワーク上での自動化された取引の有効な契約の形成はどのように観念すべきなのか、また第二に、そのように形成された契約に拘束力は付されるべきなのかを主たる検討課題として、電子商取引に関する立法作業および法の改正作業を推進して行くことになった。

2・2 「電子エージェント」という概念の生成

電子商取引に関する立法の起源となるUCC第2B編の起草過程では、匿名の契約主体に対してその者への契約の効果を帰属させるために、以下のような法技術が用いられた。まず、「自動取引 (Automated Transaction)」という用語の定義が行なわれた⁶⁷。これは、電子的な手段や電子的なメッセージにより、人間の関与がなくても法の規定に従って契約が形成されること含意するものである⁶⁸。UCC第2B編の Reporters' Notes によれば、自動化されたシステムの作業は、自動化することを目的としてシステムを利用した人間に対し、拘束力のある法律上の義務を生み出すことができるとしている⁶⁹。さらに

Reporters' Notes は、法は擬制を通じて自動化された行為に對して「意図」の存在を認めることができるが、あえて条文化することにより、直接的にこの見解を承認する立場に立つたと述べている。⁷⁰⁾

次に、この「自動取引」で契約の締結行為を行なう自動システムが「電子エージェント (electronic agent)」という言葉によつて定義される。⁷¹⁾これは、自動化された取引では、實際上人間が別の人間と交渉するのではなく、一方ないし双方の当事者が人間ではない自動システムによつて表象されることの締結である。この「電子エージェント」という言葉は、コモン・ローにおける代理人を含意するものではなく、電子取引で用いられるコンピュータプログラムが、一般的に電子エージェントと呼ばれていることによるものである。⁷²⁾また、電子エージェントという言葉が使われた背景には、UNCITRAL 等の各種の電子商取引法⁷³⁾において、この言葉がコンピュータプログラムと同義のものとして使用される傾向が顕著になっていたという事情もあった。⁷⁴⁾

続いて起草者は、契約成立の基本ルールを定める UCC 第 2 編の第 206 条⁷⁵⁾に「電子エージェント」の定義を加えることにより、「自動取引」に法的な拘束力が発生するという仕組みを構築した。すなわち「契約は合意を示すのに足るいかなる方法においても締結することができ、その方法には申込

と承諾、または当該契約の存在を認める両当事者によつてなされる行為、または電子エージェントの作動を含むものとする⁷⁶⁾」という内容へと変更された。さらに、「自動取引」における「申込と承諾」は、電子エージェントの「相互作用 (interaction)」という言葉に置き換えられた。

以上のように、「電子エージェント」という法概念の立法化は、従来からの契約法のルールを実質的に変更するものではなかった。現在利用されている科学技術に合わせて種々の言葉の定義を変更し、またそれを新しい概念に置き換えることによつて、単に既存のルールの射程を広げたものと理解することができる。だが、従来の契約形成のルールに「電子エージェント」という概念を新たに組み入れたことにより、判例法上契約の形成に必要とされている「同意表明 (manifestation of assent)」の要件を、いかにして克服すべきかという問題が新たな問題として浮上した。

2・3 「電子エージェント」の概念と既存の法理論との衝突

アメリカでは判例法上、契約に法的拘束力を付与するため、契約の条件に当事者が同意を行なうことが求められている。⁷⁷⁾すなわち当事者は、契約の締結過程で同意の存在を確認できるような言葉や行為を別途表現していなければならない。

なぜなら、アメリカ契約法の機能的な制約自体が「同意」という要素を考慮に入れることを困難にさせているからである。⁷⁸⁾したがって、明示的に契約に至る原因が特定されない限り、直ちには契約の成立は認定されない。このような事情から裁判所は、判例法上、主観的同意理論と客観的同意理論の二つの理論を根拠として同意の存在を認定してきた。⁷⁹⁾主観的同意理論が根拠とされる場合、裁判所は当事者の真の意思の存在を探求し、当事者間の意思の合致の有無を判定する。⁸⁰⁾他方、客観的同意理論が根拠とされる場合、裁判所は行為によつて表明された当事者の意図の形式的・客観的な外観を見るだけで同意の存在を認定する。⁸¹⁾裁判所が仮に同意表明の存在を認定できなければ、契約の成立は認められず、よつて契約法上の救済措置は与えられないことになる。

翻つて、インターネット上では契約は瞬時に締結されるため、契約の交渉過程および締結過程においては、当事者間に真の同意が存在したか否かを直ちには明らかにできないという事情がある。またインターネット上では、匿名の当事者間での取引が多数を占めることから、当事者の関係性から同意の存在を認定することが困難になる。つまり、同意が存在しないとなれば、インターネット上の契約の法的な拘束力の存在に疑念を生じさせる余地が残る。さらに、コンピュータが人間の直接の関与を経ずに自動的に契約を締結している

となれば、そこに人間の主観的な意図は存在するといえるのか、あるいはそのような意図が存在しないとすれば、コンピュータが行なう申込を承諾することは果たして契約の形成といえるのかという一連の問題が生じてくる。このことから、契約形成のルールに「電子エージェント」の概念を組み込む際には、どのような状況下であれば合意が行為から推断されるのか、あるいは電子エージェントはどのような条件に同意をしていると見なせるのかについて、理論的な根拠を示すことが必要となる。⁸²⁾

この理論的な根拠を明らかにするための一つの視点が、人間と自動システムの関係の捉え方、すなわち人間と電子エージェントの関係の位置づけ方である。そこで、当初起草委員会のメンバーが考えていたのが、人間と電子エージェントの関係を代理関係として把握する方法であった。しかし、電子エージェントは人間ではないことから、直ちに代理法を適用することができない。第一に、電子エージェントには同意をする能力がない。つまり電子エージェントは、本人による代理関係形成の意思表示に対して同意をすることができないことから、代理関係の成立を導く合意の要件が満たされないことになる。⁸³⁾第二に、隠れた本人 (undisclosed principal) や一部隠れた本人 (partially disclosed principal) との間に代理関係が認められるアメリカでは、代理人自身も契約責任を負う

のが原則となっているという問題がある。コンピュータ⁽⁸⁴⁾には責任能力がないため、代理法を直接適用すればこの点で矛盾が生じる。

このように、「電子エージェント」という新たな法概念を既存の法理に当てはめれば整合性の問題が必然的に生じるため、立法過程での議論はたびたび空転していた。しかしながら起草委員会のメンバーは、電子商取引上の法的障害を除去するという実質的・本来的な目的を達成するために、「電子エージェント」の規定を引き続き維持しておく必要性があった。そこで、別の理由付けを模索することにより立法作業は新たな段階に進んだ。

- (40) アメリカの詐欺防止法は、一定の種類の契約(保証契約など)については、書面がない限り、契約に基づく法的な救済を得られない(unenforceable)とされている(樋口・前掲注(33)一三〇頁)。
- (41) Boss -1997, *supra* note 38, at 1472.
- (42) Electronic Messaging Services Taskforce of the Subcommittee on Electronic Commercial Practices of the Uniform Commercial Code of the ABA Section of Business Lawyer, *The Commercial Use of Electronic Data Interchange - A Report*, 45 Business Law 1645, at 1679 (1990).
- (43) *Id.*, at 1664.
- (44) Electronic Messaging Services Task Force, *supra* note 42, at 1659, note 40. 一九八九年に電子商取引の商慣行に関する小委員会(Sub-committee on Electronic Commercial Practices⁽⁸⁵⁾)以下、ECP小委員会と略称する)はEDI取引の実態調査を行なった。調査では、基本契約を取り交わしてEDI取引に入った企業は大企業を中心としたごく一部の企業に限られてはいたが、大企業とEDI取引を行なっていた中小企業の多くが、書面で基本契約を交わしておくことの必要性を認識していたという。しかしその数はEDI取引を推進する企業全体の一〇%にも満たなかったという。また約四〇件の基本契約書の分析を行なった結果、契約の形成に関する基本的条項は定められていないことが明らかになった。さらに、契約書は一方当事者の権利だけを主張した unilateral な構成のものが多く、買主と売主の双方が同一の契約書を用いる bilateral な構成がとられていないなど、重要な欠陥があることが判明した。
- (45) Electronic Messaging Services Task Force, *supra* note 42, at 1659. 契約書の表紙に「標準注文書式」と書いただけの極端に短い形式のものもあれば、契約書と手引書(EDI implementation manual)とを一体にして、三連リングバインダーに納めた非常に長い形式のものもあったという。
- (46) *Id.*
- (47) Electronic Messaging Services Task Force, *supra* note 42, at 1662. つまり、当事者間での契約自由の原則を維持させることによって、信義誠実の原則や合理性・一般的注意義務等の強行規定以外のUCC原則を、当事者間契約によって排除させ、その帰結として取引の法的安定性を確保することが狙いとされた。
- (48) Electronic Messaging Services Task Force (サブ・前注(42)のECP委員会に所属していた。

- (49) 対策委員会の報告は「Electronic Messaging Services Taskforce of the Subcommittee on Electronic Commercial Practices of the Uniform Commercial Code of the ABA Section of Business Law, *Model Electronic Data Interchange Trading Partner Agreement and Commentary*, 45 Business Lawyer 1717(thereafter *Model Agreement*)」としてまとめられ、ECP 小委員会およびUCCの射程に関する小委員会(Subcommittee on Scope of the Uniform Commercial Codeの)として、一九八九年に *ad hoc subcommittee* から変更された組織である) に対して提出された。(50) 対策委員会の報告はUCC第2-204条および第2-206条を示して、これらの条文に明文規定が不在するところを指摘している (Electronic Messaging Services Task Force, *supra* note 42, at 1665)。

(51) Restatement (Second) of Contract § 8 63-65では、契約形成過程におけるコミュニケーション媒体の役割を分析するための効果的な方法が示されている。契約法リステイトメントによれば、各々の当事者により選択された通信方法に関するリスクを契約当事者間に公平に分配するためには、2つの場合分けができるという。すなわち、各当事者が対面により、時間の経過にかかわらず意思を疎通しあえる場合と、非対面で交渉を行なう場合とである。例えば、非対面取引では、第一に、申込や承諾、訂正、取消などのメッセージを伝達するために使われる通信手段が、発信と受信を繰り返すことによつて時間の経過を作り出して遅延の原因を作り出すというリスクがあり、第二に、一つのメッセージに両義性を生じさせるリスクもある。このため、コモン・ローでは非対面取引に「mailbox rule」と呼ばれる発信主義を採用した。例えば *Morrison v. Thoeke* 155 So. 2d, 889 (Fla. Dist. Ct. App. 1963) では、売主が契約書をサインして買主

に手紙で送った後で、手紙が買主に到達する前に買主に電話をし、その手紙の効果を取消したいと求めた事例である。裁判所はこれに対し、契約書はすでにそれを発送した時点で効力を生じており、後から電話でその効果を取消することはできないと判示した。その理由付けとして、申込者は一旦申込を受け付け始めたならその後は、単にその状態を維持しているだけあり、申込者と承諾者のリスク負担を総合して考えれば、申込者の方がはるかに負担するリスクは少ないとの見解を示している。しかし、このルールが必ずしも当事者間の公平をもたらすものではないことは「Rhode Island Tool Co. v. United States, 128 F. Supp. 417, at 419-20(Ct. Cal. 1955) & *Dick v. United States*, 82 F. Supp. 326, at 329-30(Ct. Cal. 1949)」で指摘されている (George B. DeLa & Jeffrey H. Matsura, *Law of the Internet* (4th ed.), 10.07, Aspen Publishers (2002)。

(52) 即時的コミュニケーションに「mailbox rule」が適用されないのは、申込が承諾者によつて再考されている間に、メッセージが誤伝されたり不達になったりしても、当事者は即時的コミュニケーションによつてその理由を知ることができ、結果的にリスクを伴わずに申込を受領することが可能であるという理由による。

(53) モデル契約書では「Receipt Computers」と定義される。各当事者は、自ら指定するコンピュータにデータが届いた時点で、当該データが受領されると任意に定めることができる。指定するコンピュータについては、プロバイダーのものであっても受領者側のものであっても、また受領者側の内部事務統括責任者の机上に設置されたコンピュータであっても構わないとされる。モデル契約書は、適任者 (right person) あるいは指定したコンピュータが、送信されたデー

タにアクセスする機会があるまでは、法的に「受領された」とはいえないと規定する。つまり、各当事者により「受領」の概念は実質的には異なっていると見える (Model Agreement, *supra* note 49, § 2.1, comment 3)。

- (54) Electronic Messaging Services Task Force, *supra* note 42, at 1675, note 121.

- (55) モデル契約書の 2 条 2 項は、受領者が申込に対して承諾を行なうか否かにかかわらず申込者に対して Functional Acknowledgement を返信しなくてはならないと定める。ただし申込の内容に対する承諾を意味する Acceptance Document (承諾通知) の発信を推奨する) とに止まり、その具体的内容や法的拘束力の付与に関する事項については、当事者が付属書類 (Appendix) に別途定めることができるとしている (Model Agreement, *supra* note 49, § 2.2)。

- (56) Electronic Messaging Services Task Force, *supra* note 42, at 1675.

- (57) 具体的には、(1) EDI 通信に適用されるすべての受領原則を採用したと、(2) EDI 取引に對面取引と同じ法的効果の発生を望んだこと、(3) 当該技術が取引相手同士に契約の形成過程を制御するような権能を与えたことにより、そこから得た契約の柔軟性を享受している) とから生じる結果が承諾と位置づけられるとしている (Electronic Messaging Services Task Force, *supra* note 42, at 1673)。

- (58) *Id.* なお UCC 第 2-208 2 条は、履行の経過または取引の実態を重視した解釈について定め、売買契約の解釈については取引の経過・取引慣行・履行の経過を重視すべきだとしている (U.C.C. § 2-208 (2))。同様の規定は、UCC 第 1-205 条の、当該取引の経過および取引慣行の規定にも存在する (U.C.C. § 1-205 (4))。

- (59) 同様の指摘は John P. Fischer, *Computers as Agents: A Proposed Approach to Revised U.C.C. Article 2*, 72 Indiana Law Journal 545, at 556 (1997) にある。

- (60) Electronic Messaging Services Task Force, *supra* note 42, at 1716.

- (61) *Id.*

- (62) ホワイトハウス・レポートは、電子商取引によって契約自由の原則は最も重要な原則であると位置づけしている (U.S. WHITE HOUSE REPORT, *A Framework for Global Electronic Commerce* (1997), cited in Raymond T. Nimmer, *Article 2B: An Introduction*, 15 Journal of Computer & Information Law 211, at 222 (1997))。

- (63) Electronic Messaging Services Task Force, *supra* note 60.

- (64) 受領者側で即時の確認がなられなかった場合の問題に対処するため、即時的コミュニケーションであっても従来どおりの発信主義を維持すべきだとする主張がある (George B. Delta et al., *supra* note 51)。

- (65) Gustaaf Geeraerts and Anthony Antoine, *Anarchy and Cooperation within the Internet*, Pole Paper, Vol.2, Nr.5, Vrije Universiteit Brussel Centrum voor Polemologie (1996), available at <http://poli.vub.ac.be/public/pole-papers/pole0201.htm>).

- (66) クローズド・ネットワークでの取引は「ネットワーク型継続的取引」とも呼ばれている。そこでは、ネットワーク構築の最初の段階においてのみ本来の意味での「契約的合意」がなされ、その後の取引情報の流れは、構築されたシステムの中を情報が流れるだけであり、法的には履行過程に過ぎないという考え方が成り立つと考えられている (内田・前掲注 (10) 三三頁)。

- (67) UCC2Bで採用されたこの定義は、UETAの起草作業にも影響を及ぼした。UETAでは取引の多様性を容認する立場から、それまで使用していた“electronic transactions”という言葉を“automated transactions”に変更した。automated transactionは、取引上で電子的な手段によって締結された契約、またはその他の義務に基づく行動を意味する、やや広い射程をもつ言葉であると定義される (UNIFORM ELECTRONIC TRANSACTIONS ACT With Reporter's Notes (January 29, 1999) hereinafter UETA draft January 1999], available at <http://www.law.upenn.edu/hls/ulc/ueact/eta199.txt>)⁶⁷⁾。
- (68) NCCUSL, *Uniform Commercial Code Article 2B: License with Reporter's Notes* (August 1, 1998) [hereinafter U.C.C. 2B Draft August 1998], § 2B-102(4), at 24.
- (69) U.C.C. 2B Draft August 1998, *supra* note 68, § 2B-102(4) Reporter's Notes 4, at 34.
- (70) *Id.*
- (71) コンピュータープログラムおよびその他の自動化された手段を含めたものを指すとしている (U.C.C. 2B Draft August 1998, *supra* note 68, § 2B-102(19), at 26)⁶⁸⁾。
- (72) U.C.C. 2B Draft August 1998, *supra* note 68.
- (73) United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter UNCITRAL), *Legal Aspects of Electronic Commerce Electronic Contract: Provisions for a Draft Convention*, A/CN.9/WG.IV/WP.95, available at http://www.uncitral.org/english/workinggroups/wg_iv/wp-95c.pdf。
- (74) 平行して進んでいたUETAの立法過程では、「電子エージェント」という言葉がコモン・ローにおける代理人を暗示させることを避けるために「電子装置 (electronic devices)」という言葉を用いていた。しかし、UCC2Bと平仄を合わせるため、一九九九年一月のドラフトから「電子エージェント」という言葉を用いるようになった (UETA draft January 1999, *supra* note 67)。
- (75) 一九九六年九月の総会において満場一致で決まった原則である。
- (76) U.C.C. 2B Draft August 1998, *supra* note 68, § 2B-202(a), at 77.
- (77) Farnsworth -1999, *supra* note 31, § 3.1, at 110.
- (78) *Id.*
- (79) Melissa Robertson, *Is Assent Still a Prerequisite for Contract Formation in Today's Economy?*, 78 Washington Law Review 265, at 270 (2003).
- (80) Farnsworth -1999, *supra* note 31, § 3.6, at 116-117.
- (81) *Id.*
- (82) U.C.C. 2B Draft August 1998, *supra* note 68, § 2B-204 Reporter's Notes 1, at 83.
- (83) 樋口範雄『アメリカ代理法』五四—五五頁 (弘文堂、二〇〇二)。
- (84) 樋口・前掲注 (83) 九四—九五頁。
(大学院博士課程ビジネス科学研究科)